

BAB II

KAJIAN PUSTAKA

A. Penelitian Terdahulu

Agar tidak terjadi pengulangan pembahasan maupun pengulangan penelitian dan juga agar dapat melengkapi wacana yang berkaitan dengan penelitian maka diperlukan wacana atau pengetahuan tentang penelitian-penelitian sejenis yang telah diteliti sebelumnya. Terkait dengan penelitian ini, sebelumnya telah ada beberapa orang peneliti yang mengangkat tema sama yakni mengenai perjanjian baku:

1. **Diana Nur Amaliyah**, mahasiswa UNDIP Semarang guna menyelesaikan tugas akhirnya di program kenotariatan, penelitian dilakukan pada tahun 2009 terkait “*Pelaksanaan Perjanjian Baku Dalam Perjanjian Pengangkutan Barang Melalui Perusahaan Angkutan Darat Di Tegal*”. Fokus penelitian ini pada lebih cenderung pada aspek pelaksanaan perjanjian serta tanggung jawab pengangkut yang termuat dalam perjanjian baku pada pengangkutan barang. Hasil dari penelitian ini menunjukkan bahwa perjanjian baku dalam perjanjian pengangkutan tidak

sesuai dengan asas kebebasan berkontrak karena kedudukan para pihaknya tidak seimbang sehingga tidak ada kebebasan pengirim untuk menentukan isi perjanjian. Pengangkut tidak boleh sewenang-wenang dalam menentukan tanggung jawabnya mengenai ganti rugi. Apabila menurut Undang-Undang kerugian tersebut adalah tanggung jawab pengangkut maka hal tersebut tetap menjadi tanggung jawab pengangkut. Pengangkut tidak perlu membatasi ganti rugi karena telah diatur dalam Undang-Undang No 14 Tahun 1992 tentang Lalu Lintas dan Angkutan Jalan Pasal 45 ayat (2) dimana pengirim berhak mendapatkan ganti rugi yang sesuai dengan kerugian yang dideritanya akibat kesalahan pengangkut.

2. **Wita Sumarjono C. Setiawan**, mahasiswa UNDIP Semarang guna menyelesaikan tugas akhirnya di program kenotariatan, penelitian dilakukan pada tahun 2010 terkait *“Penerapan Asas Kebebasan Berkontrak Dalam Pembuatan Perjanjian Franchise Pizza Hut”*. Fokus penelitian ini tentang Penerapan asas kebebasan berkontrak dalam pengaturan perjanjian franchise yang lebih didasarkan pada perjanjian franchise yang dibuat oleh para pihak. Karena aturan hukum mengenai franchise belum lengkap yang sampai saat ini baru diatur dalam satu peraturan pemerintah dan satu surat keputusan menteri. Sedangkan pengaturan melalui undang-undang belum tersentuh oleh pemerintah. Dan hasil penelitian ini menyatakan bahwa dalam pelaksanaan perjanjian franchise di Pizza hut ditemukan sejumlah pasal yang lebih mengutamakan kepentingan franchisor disbanding franchisee.

3. **Esti Ropikhin**, mahasiswa UNDIP Semarang guna menyelesaikan tugas akhirnya di program kenotariatan, penelitian dilakukan pada tahun 2010 terkait “*Penerapan Asas Kebebasan Berkontrak Dalam Pembuatan Perjanjian Outsourcing Dan Perjanjian Kerja Waktu Tertentu*”. Fokus penelitian ini adalah tentang bagaimana asas kebebasan berkontrak diterapkan dalam sebuah perjanjian kerja yaitu outsourcing dan perjanjian kerja waktu tertentu (PKWT). Dan hasil penelitian ini menunjukkan bahwa perusahaan pengguna tenaga kerja dan perusahaan penyedia tenaga kerja melanggar beberapa pasal dalam perjanjian, dalam artian bahwa antara pasal yang satu dengan pasal yang lain tersebut tidak ada korelasi yang seimbang dan jelas pengaturannya. Di tinjau dari pemahaman asas konsensual yang berintikan sepakat untuk mendapatkan kem anfaatan maksimal secara berimbang maka dapat di katakan bahwa asas konsensual yang berimbang tidak terpenuhi sepenuhnya dalam pembuatan perjanjian outsourcing antara PT. Bank Pembangunan Daerah Jawa Tengan dengan PT. Adita Farasjaya, hal tersebut dikarenakan salah satu makna dari asas kebebasan berkontrak tidak sepenuhnya di terapkan dalam pembuatan perjanjian tersebut.

Perbedaan penelitian yang peneliti lakukan dengan penelitian di atas adalah fokus kajian peneliti lebih cenderung pada aspek bagaimana mekanisme perjanjian pembiayaan musyarakah di Koperasi Agro Niaga Indonesia (Kanindo) Syariah Jawa Timur cabang Dau Malang serta penerapan asas kebebasan berkontrak yang dilakukan oleh Koperasi Agro Niaga Indonesia (Kanindo)

Syariah Jawa Timur cabang Dau Malang dengan nasabah pada perjanjian pembiayaan musyarakah yang diamanatkan oleh pasal 1338 KUH Perdata.

Hasil penelitian yang peneliti lakukan menunjukan bahwa, walau bentuk perjanjian dan sebagian isi dari perjanjian sudah ditetapkan/bakukan, yaitu pada pasal 2 dan pasal 3, Koperasi Agro Niaga Indonesia (Kanindo) Syariah Jawa Timur Cabang Dau Malang telah menerapkan asas kebebasan berkontrak dalam perjanjian pembiayaan musyarakahnya pada pasal 1 yang merupakan bagian paling pokok dalam suatu perjanjian. Pasal 1 memuat tentang besar dana pembiayaan, nisbah bagi hasil serta angsuran pokok yang akan dibayarkan tiap bulan dalam jangka waktu 12, 18 atau 24 bulan karena ada keseimbangan negosiasi dalam penentuan tiga hal tersebut sebagai mana yang diamanatkan oleh pasal 1338 KUH Perdata.

Table 1: Perbandingan Penelitian Terdahulu dengan Penelitian Ini

1.	Nama, Perguruan Tinggi dan Tahun	<i>Diana Nur Amaliyah</i> , mahasiswa pascasarjana UNDIP Semarang, program kenotariatan, 2009	<i>Wita Sumarjono C. Setiawan</i> , mahasiswa pascasarjana UNDIP Semarang, program kenotariatan, tahun 2010	<i>Esti Ropikhin</i> , mahasiswa pascasarjana UNDIP Semarang, program kenotariatan, tahun 2010	<i>Yunizar Prajamufti</i> , Jurusan Hukum Bisnis Syariah, Fakultas Syariah UIN Maulana Malik Ibrahim Malang 2012
2.	Judul Penelitian	Pelaksanaan Perjanjian Baku Dalam Perjanjian Pengangkutan Barang Melalui Perusahaan Angkutan Darat Di Tegal	Penerapan Asas Kebebasan Berkontrak Dalam Pembuatan Perjanjian <i>Franchise Pizza Hut</i>	Penerapan Asas Kebebasan Berkontrak Dalam Pembuatan Perjanjian <i>Outsourcing</i> Dan Perjanjian Kerja Waktu Tertentu	Penerapan asas kebebasan berkontrak dalam perjanjian pembiayaan musyarakah (Studi di Koperasi Agro Niaga Indonesia (Kanindo) Syariah Jawa Timur Cabang Dau Malang
3.	Objek Penelitian	Perusahaan Angkutan Sumber Jatibaru dan Perusahaan Angkutan Panca Kobra Sakti	-	-	Koperasi Agro Niaga Indonesia (Kanindo) Syariah Jawa Timur Cabang Dau Malang
4.	Fokus Penelitian	Aspek pelaksanaan perjanjian serta tanggung jawab pengangkut yang termuat dalam perjanjian baku pada pengangkutan barang	Penerapan asas kebebasan berkontrak dalam pengaturan perjanjian franchise yang lebih didasarkan pada perjanjian franchise yang dibuat oleh para pihak.	Bagaimana asas kebebasan berkontrak diterapkan dalam sebuah perjanjian kerja yaitu <i>outsourcing</i> dan perjanjian kerja waktu tertentu (PKWT).	Aspek pelaksanaan perjanjian dan penerapan asas kebebasan berkontrak dalam perjanjian pembiayaan musyarakah.

5.	Metode Penelitian	Yuridis Empiris	Yuridis Normatif	Yuridis Normatif	Yuridis Empiris
6.	Hasil Penelitian	Perjanjian baku dalam perjanjian pengangkutan tidak sesuai dengan asas kebebasan berkontrak karena kedudukan para pihaknya tidak seimbang sehingga tidak ada kebebasan pengirim untuk menentukan isi perjanjian.	Dalam pelaksanaan perjanjian franchise di Pizza hut ditemukan sejumlah pasal yang lebih mengutamakan kepentingan <i>franchisor</i> dibanding <i>franchisee</i> .	Perusahaan pengguna tenaga kerja dan perusahaan penyedia tenaga kerja melanggar beberapa pasal dalam perjanjian, dalam artian bahwa antara pasal yang satu dengan pasal yang lain tersebut tidak ada korelasi yang seimbang dan jelas pengaturannya.	Walau bentuk perjanjian dan sebagian isi dari perjanjian sudah ditetapkan/bakukan, yaitu pada pasal 2 dan pasal 3, Koperasi Agro Niaga Indonesia (Kanindo) Syariah Jawa Timur Cabang Dau Malang telah menerapkan asas kebebasan berkontrak dalam perjanjian pembiayaan musyarakahnya pada pasal 1 yang merupakan bagian paling pokok dalam suatu perjanjian sebab pasal 1 memuat tentang besar dana pembiayaan, nisbah bagi hasil serta angsuran pokok yang akan dibayarkan tiap bulan dalam jangka waktu 12, 18 atau 24 bulan karena ada keseimbangan negosiasi dalam penentuan tiga hal tersebut.

B. Asas Kebebasan Berontrak Dalam Hukum Perjanjian

1. Pengertian Asas Kebebasan Berkontrak

Asas kebebasan berkontrak adalah suatu asas yang memberikan kebebasan kepada para pihak untuk:¹¹

- a. Membuat atau tidak membuat perjanjian
- b. Mengadakan perjanjian dengan siapapun
- c. Menentukan isi perjanjian, pelaksanaan, persyaratannya, dan
- d. Menentukan bentuk perjanjian, yaitu tertulis atau lisan.

Hal tersebut di atas mengenai asas kebebasan berkontrak dapat di analisis dari ketentuan Pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata, yang berbunyi: “*Semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya.*” Dan disebutkan dalam pasal 1338 ayat (3) KUH Perdata “persetujuan-persetujuan harus dilaksanakan dengan itikad baik” (berkaitan dengan asas *pacta sunt servanda*- artinya perjanjian harus dilaksanakan.)¹² Gagasan utama dari kebebasan berkontrak berkaitan dengan penekanan akan persetujuan dan maksud atau kehendak para pihak serta berkaitan dengan pandangan bahwa kontrak adalah hasil dari pilihan bebas (*free choice*). Dengan mendasarkan pada hal tersebut, muncul paham bahwa tidak seorangpun terikat pada kontrak sepanjang tidak dilakukan atas dasar adanya pilihan bebas untuk melakukan sesuatu.¹³ Doktrin yang mendasar dan melekat pada kebebasan berkontrak adalah kontrak sebagai perwujudan kebebasan kehendak para pihak.

¹¹Salim HS, *Hukum Kontrak*, 9.

¹² Ketut Artadhi Dan I Dewa Nyman Raiasmara Putra, *Hukum Perjanjian Kedalam Perancangan Kontrak*, (Bali: Udayana University Press, 2010), 47.

¹³Ridwan khairandy, *Itikat Baik Dalam Kebebasan Berkontrak*, (Universitas Indonesia: fakultas hokum pasca sarjana, 2003), 48.

Dengan kontrak akan tercipta kewajiban-kewajiban baru yang ditentukan oleh kehendak para pihak, dengan demikian kebebasan berkontrak telah memutuskan hubungan antara kebiasaan dan kewajiban kontraktual. Kebebasan berkontrak membolehkan kesepakatan (perdata) untuk mengesampingkan kewajiban-kewajiban berdasarkan kebiasaan yang telah ada sebelumnya.¹⁴

Kebebasan berkontrak di sini memberikan kebebasan kepada para pihak untuk membuat perjanjian dengan bentuk atau format apapun (tertulis, atau lisan, autentik atau nonautentik dan lainnya). Dengan demikian menurut asas kebebasan berkontrak seseorang pada umumnya mempunyai pilihan bebas untuk mengadakan perjanjian, bebas dengan siapa ia mengadakan perjanjian, bebas untuk menetapkan syarat-syarat perjanjian, bebas untuk menentukan kausa atau memilih kausa dari perjanjian yang akan dibuatnya. Namun yang penting untuk diperhatikan adalah kebebasan berkontrak sebagaimana tertuang dalam pasal 1338 ayat (1) BW tidaklah berdiri sendiri. Asas tersebut berada dalam satu sistem yang utuh dan padu dengan ketentuan lain terkait.¹⁵ Dalam praktik dewasa ini, asas kebebasan berkontrak kurang dipahami secara utuh, sehingga banyak memunculkan kesan pola hubungan perjanjian yang tidak seimbang dan berat sebelah. Kebebasan berkontrak didasarkan pada asumsi bahwa para pihak dalam suatu perjanjian memiliki posisi tawar yang seimbang, tetapi dalam kenyataannya para pihak tidak selalu memiliki posisi tawar yang seimbang.

Latar belakang lahirnya asas kebebasan berkontrak adalah adanya paham individualisme yang secara embrional lahir pada zaman Yunani, yang diteruskan

¹⁴Ridwan khairandy, *Itikat Baik*, 84.

¹⁵ Agus yudha, *Hukum Perjanjian*, 111.

oleh kaum Epicuristen dan mengalami perkembangan yang pesat pada zaman *renaissance* melalui ajaran-ajaran yang di bawa oleh, antara lain Hugo De Grecht, Thomas Hobbes, Jhon Locke dan Rosseau.¹⁶ Dan perkembangannya asas kebebasan berkontrak ini mencapai puncaknya setelah periode revolusi Perancis.¹⁷

Pada abad sembilan belas, kebebasan berkontrak sangat diagungkan baik oleh para filosof, ekonom, sarjana hukum maupun pengadilan. Kebebasan berkontrak sangat mendominasi teori hukum kontrak. Inti permasalahan hukum kontrak lebih tertuju kepada realisasi kebebasan berkontrak. Pada saat itu, kebebasan berkontrak memiliki kecenderungan ke arah kebebasan tanpa batas (*unrestricted freedom of contract*).¹⁸ Keberadaan asas kebebasan berkontrak tersebut tidak dapat dilepaskan dari pengaruh berbagai aliran filsafat politik dan ekonomi liberal yang berkembang pada abad kesembilan belas.

Sebagai asas yang sifatnya universal yang bersumber dari paham hukum , asas kebebasan berkontrak muncul bersamaan dengan lahirnya paham ekonomi klasik yang mengagungkan *laissez faire* atau persaingan bebas yang dipelopori Adam Smith yang menekankan prinsip non-intervensi oleh pemerintah terhadap kegiatan ekonomi dan bekerjanya pasar¹⁹. Filsafat utilitarian Jeremy Bentham yang menekankan adanya ideologi *free choice* juga memiliki pengaruh yang besar bagi pertumbuhan asas kebebasan berkontrak tersebut. Baik pemikiran Adam Smith maupun Bentham didasarkan filsafat individualisme. Kedua pemikiran tersebut tidak dapat dilepaskan dari pengaruh filsafat etika Immanuel Kant. Semua

¹⁶Salim Hs, *Hukum Kontrak*, 9.

¹⁷Agus Yudha, *Hukum Perjanjian*, 108.

¹⁸Ridwan Khairandy, *Kebebasan Berkontrak dan Facta Sunt Servanda versus Iktikad Baik : Sikap yang Harus Diambil Pengadilan*, (Pidato Pengukuhan dalam Jabatan Guru Besar Hukum Kontrak Disampaikan di depan Sidang Senat Terbuka Universitas Islam Indonesia 8 Februari 2011), 3.

¹⁹Agus Yudha, *Hukum Perjanjian*, 108

filsafat yang menekankan pada aspek kebebasan individu yang dikembangkan para filosof Barat di atas jika dilacak lebih jauh lagi, berakar kepada filsafat hukum alam (*natural law*) yang sangat berkembang pada abad pencerahan (*enlightenment* atau *aufklarung*).²⁰

Hukum kontrak yang berkembang pada abad sembilan belas²¹ telah banyak mendapat pengaruh aliran filsafat yang menekankan individualisme sebagaimana tercermin pula dari pemikiran (politik) ekonomi klasik Adam Smith dan utilitarianisme Jeremy Bentham. Mereka memandang bahwa tujuan utama legislasi dan pemikiran sosial harus mampu menciptakan *the greatest happiness for the greatest number*. Mereka menjadikan kebebasan berkontrak sebagai paradigma baru dalam hukum kontrak. Paradigma kebebasan berkontrak ini sangat mempengaruhi pembentukan peraturan perundang-undangan saat itu. Di Perancis diakui bahwa ketika Code Civil dikodifikasikan pada 1804, alam pikiran orang-orang di Perancis sangat dipengaruhi paham individualisme dan liberalisme. Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Jerman (*Bürgerliches Gesetzbuch/BGB*) juga tidak lepas dari paradigma kebebasan berkontrak tersebut.

Perkembangan pemikiran ini seiring dengan penyusunan BW di negeri Belanda. Semangat liberalisme ini juga di dipengaruhi oleh oleh semboyan revolusi perancis yang mengedepankan kebebasan, persamaan dan persaudaraan. Dapat dilihat dalam buku III BW yang menganut sistem terbuka yang artinya memberikan keleluasaan pada para pihak untuk mengatur sendiri pola hubungan hukumnya. Dan apa yang telah dimuat oleh buku III BW adalah hanya untuk

²⁰Ridwan Khairandy, *Kebebasan Berkontrak*, 4.

²¹Ridwan Khairandy, *Kebebasan Berkontrak*.

sekedar mengatur dan melengkapi. Berbeda dengan apa yang terdapat dalam buku II BW yang menganut sistem tertutup atau bersifat memaksa (*dwingend recht*) yang mana para pihak dilarang menyimpangi aturan-aturan yang ada di dalam buku II BW tersebut. Sebab di dalam buku II BW tercermin substansi dari pasal 1338 ayat (1) yang menyatakan bahwa “*Semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya.*” Menurut Subekti,²² cara menyimpulkan asas kebebasan berkontrak adalah dengan menekankan pada perkataan “semua” yang ada di muka kata “perjanjian”. Dikatakan bahwa pasal 1338 ayat (1) itu seolah-olah membuat suatu pernyataan (proklamasi) bahwa kita diperbolehkan membuat perjanjian apa saja dan itu mengikat kita sebagaimana mengikatnya undang-undang pembatasan terhadap kebebasan itu hanya berupa apa yang dinamakan dengan “ketertiban umum dan kesusilaan”. Istilah “semua” di dalamnya terkandung asas *partij autonomie: freedom of contract* yang sepenuhnya menyerahkan kepada para pihak mengenai isi dan bentuk perjanjian yang akan mereka buat, termasuk penentuan dalam bentuk kontrak standar.

Kebebasan berkontrak di sini memberikan kebebasan kepada para pihak untuk membuat perjanjian dengan bentuk atau format apapun (tertulis, atau lisan, autentik atau nonautentik dan lainnya). Dengan demikian menurut asas kebebasan berkontrak seseorang pada umumnya mempunyai pilihan bebas untuk mengadakan perjanjian, bebas dengan siapa ia mengadakan perjanjian, bebas untuk menetapkan syarat-syarat perjanjian, bebas untuk menentukan kausa atau memilih kausa dari perjanjian yang akan dibuatnya. Namun yang penting untuk

²²Agus yudha, *Hukum Perjanjian*, 109; *idem*, Subekti, *aneka perjanjian*, Cetakan Keenam, (Bandung: Alumni, 1995), 4-5.

diperhatikan adalah kebebasan berkontrak sebagaimana tertuang dalam pasal 1338 ayat (1) BW tidaklah berdiri sendiri. Asas tersebut berada dalam satu sistem yang utuh dan padu dengan ketentuan lain terkait.²³ Dalam praktik dewasa ini, asas kebebasan berkontrak kurang dipahami secara utuh, sehingga banyak memunculkan kesan pola hubungan perjanjian yang tidak seimbang dan berat sebelah. Kebebasan berkontrak didasarkan pada asumsi bahwa para pihak dalam suatu perjanjian memiliki posisi tawar yang seimbang, tetapi dalam kenyataannya para pihak tidak selalu memiliki posisi tawar yang seimbang.

Menurut Suhardi²⁴ kebebasan dan kesamaan yang di otorisir oleh tertib hukum abad XIX yang jiwanya individualis tidak memberi garansi untuk realisasi zat ataupun eksistensi manusia sebagai bagian dari rakyat terbanyak. Penguasa negara tidak berkuasa mencampuri hubungan-hubungan keperdataan karena dipandang hak kebebasan manusia. Di sini terdapat sebuah keganjilan. Agar bisa mempertahankan kodrat kebebasan, maka golongan terbanyak yang sosial ekonominya lemah harus menderita berat dan mengorbankan kesempatan realisasi hakikat eksistensi mereka sendiri. Kegamangan tentang eksistensi kebebasan berkontrak juga diungkapkan oleh Soepono²⁵ yang menyatakan bahwa “ BW mempunyai landasan liberalisme, suatu sistem yang berdasarkan kepada kepentingan individu. Mereka yang memiliki modal yang kuat menguasai mereka yang ekonominya lemah. Karena, di dalam sistem liberalisme terdapat kebebasan yang luas untuk berkompetisi sehingga golongan yang lemah tidak mendapat perlindungan.”

²³ Agus yudha, *Hukum Perjanjian*, 111.

²⁴ Mariam Darus Badruzaman, *Perjanjian Kredit Bank*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 1991) , 43-44.

²⁵ Mariam Darus Badruzaman, *Perjanjian Kredit Bank*, 56.

Pada akhir abad ke XIX, akibat desakan paham etis dan sosialis, paham individualisme mulai pudar, terlebih lagi setelah berakhirnya Perang Dunia II. Karena paham individualisme tidak mencerminkan keadilan bagi masyarakat. Masyarakat menginginkan bahwa pihak yang lemah lebih banyak mendapatkan perlindungan. Oleh karena itu, kebebasan berkontak tidak lagi diberi arti secara mutlak, akan tetapi diberi arti relatif yang selalu dikaitkan dengan kepentingan umum. Pengaturan substansi suatu perjanjian tidak semata-mata dibiarkan kepada para pihak namun perlu diawasi. Dan pemerintah sebagai pengemban kepentingan umum menjaga keseimbangan kepentingan individu dan kepentingan masyarakat.²⁶

Mariam Darus Badruzaman²⁷ menyatakan bahwa apabila ditinjau dari aspek perkembangan hukum Perdata saat ini, maka campur tangan pemerintah merupakan pergeseran Hukum perdata ke dalam proses pemasyarakatan untuk kepentingan umum. Sesuai dengan UUD 1945 yang telah melepaskan diri dari konsep hukum yang liberal dan menganut konsep hukum yang pancasilais. Di dalam konkretonya, Hukum Perdata khususnya hukum perjanjian mencari bentuk baru demi memenuhi tuntutan itu antara lain melalui campur tangan Pemerintah. Materi-materi yang menyangkut kepentingan umum dengan demikian akan mendapat perlindungan. Bahkan akhir-akhir ini cenderung untuk memperbanyak peraturan-peraturan hukum pemaksa demi kepentingan umum dan melindungi yang lemah.²⁸

²⁶ Salim HS, *Hukum Kontrak*, 9.

²⁷ Salim HS, *Hukum Kontrak*, 44-45.

²⁸ Agus yudha, *Hukum Perjanjian*, 113.

2. Pengaturan Asas Kebebasan Berkontrak

Pengaturan hukum perdata Indonesia masih mengacu pada Kitab Undang Undang Hukum (selanjutnya disingkat KUH Perdata) Perdata. Berlakunya ketentuan ini secara yuridis didasarkan pada pasal II peraturan peralihan UUD 1945. Dalam KUH Perdata maupun dalam peraturan perundangan lainnya tidak ada satu pasalpun yang menyatakan dengan tegas berlakunya asas kebebasan berkontrak. Hal ini tidak berarti bahwa Hukum Perdata Indonesia tidak mengenal asas kebebasan berkontrak dalam hukum perdata di Indonesia. Dalam KUH Perdata, asas kebebasan berkontrak dapat disimpulkan dari Pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata, yang berbunyi: “*Semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya.*”. Dari kata “semua”, dapat ditafsirkan bahwa setiap orang dapat membuat perjanjian dengan isi apapun. Ada kebebasan dari setiap subyek hukum untuk membuat perjanjian dengan siapapun yang dikehendaki. Dengan isi dan bentuk apapun yang dikehendaki. Dengan adanya asas kebebasan berkontrak ini, maka dimungkinkan subyek hukum membuat perjanjian yang baru yang belum dikenal dalam undang undang (dikenal dengan istilah *perjanjian tidak bernama*, yakni perjanjian yang jenis dan pengaturannya belum dituangkan dalam KUH perdata). Dengan demikian dapat disimpulkan bahwa sebenarnya pembentuk undang undang pada dasarnya memang mengakui kemungkinan akan adanya perjanjian lain dari yang telah diatur dalam KUH Perdata dan ini membuktikan berlakunya asas kebebasan berkontrak.²⁹

Selain pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata, dasar keberadaan asas kebebasan berkontrak juga dalam rumusan angka 4 Pasal 1320 KUH Perdata, yaitu “*suatu*

²⁹ J. Satrio, *Hukum Perikatan, Perikatan Pada Umumnya*, (Alumni: Bandung, 1993), 36.

sebab yang tidak terlarang”. Dengan asas kebebasan berkontrak ini, para pihak yang membuat dan mengadakan perjanjian diperbolehkan untuk menyusun dan membuat kesepakatan atau perjanjian yang melahirkan kewajiban apa saja, selama dan sepanjang prestasi yang wajib dilakukan tersebut bukanlah sesuatu yang terlarang. Ketentuan Pasal 1337 KUH Perdata yang menyatakan bahwa “*suatu sebab adalah terlarang, apabila dilarang oleh undang-undang, atau apabila berlawanan dengan kesusilaan baik atau ketertiban umum*” memberikan gambaran umum kepada kita semua, bahwa pada dasarnya semua perjanjian dapat dibuat dan diselenggarakan oleh setiap orang. Hanya perjanjian yang mengandung prestasi atau kewajiban pada salah satu pihak yang melanggar undang-undang kesusilaan dan ketertiban umum saja yang dilarang.³⁰

Akibat adanya asas kebebasan berkontrak adalah bahwa bentuk perjanjian yang berupa kata sepakat (konsesus/lisan) saja sudah cukup. Apabila konsesus demikian dituangkan dalam akte, dimaksudkan hanya untuk kepentingan pembuktian semata. Sedangkan mengenai isinya, para pihak pada dasarnya bebas menentukan sendiri apa yang mereka inginkan. Namun demikian dalam hal-hal tertentu dibutuhkan bentuk formal dari perjanjian, misalnya perjanjian yang isinya menyangkut peralihan atau pembebanan hak atas tanah, perjanjian peralihan saham dan lainnya. Tidak jarang suatu peraturan sangat tertinggal jauh dengan perkembangan kebutuhan masyarakat. Munculnya perjanjian-perjanjian baru sebagai dampak adanya kebutuhan masyarakat yang tidak diikuti dengan fasilitas peraturan yang mengcover kebutuhan tersebut. Dengan menggunakan asas kebebasan berkontrak para subyek hukum dapat memenuhi kebutuhannya dalam

³⁰ Kartini muljadi dan Gunawan widjaja, *Perikatan Yang Lahir Dari Perjanjian*, (Jakarta: rajawali pers, 2010), 46.

bidang perjanjian. Oleh karena itu dapat dikatakan bahwa asas kebebasan berkontrak difungsikan sebagai salah satu cara untuk mengisi kekosongan hukum dalam bidang perjanjian guna menyelesaikan kebutuhan yang dihadapinya.

Asas kebebasan berkontrak tidak dapat dilepaskan dengan substansi “sepakat” para pihak yang membuat perjanjian. Pasal 1320 ayat 1 KUH perdata, menyatakan bahwa salah satu syarat untuk sahnya perjanjian adalah kata sepakat para pihak. Pernyataan tersebut berdasarkan suatu pemikiran bahwa diharapkan kebebasan menentukan isi perjanjian didasarkan pada kesepakatan para pihak guna memenuhi masing-masing kebutuhannya dan kesepakatan demikian adalah sah dimata hukum.

3. Asas Kebebasan Berkontrak Dalam Hukum Ekonomi Islam

Dalam ekonomi islam asas kebebasan berkontrak lebih dikenal sebagai asas *Hurriyyah At-Ta'aqud*. Pengertian asas kebebasan berkontrak dalam islam berbeda dengan apa yang dimaksud kebebasan berkontrak dalam hukum konvensional. Perbedaan antara keduanya adalah kebebasan berkontrak dalam Islam ialah kebebasan yang bersifat terikat dengan hukum syara'. Karena bersifat terikat maka kebebasan berkontrak itu akan dibenarkan selama syarat-syarat yang dikemukakan tidak bertentangan dengan ketentuan prinsip-prinsip syariah. Dasar hukum kebebasan berkontrak yang bersifat mengikat adalah “*kaum muslimin itu setia kepada syarat-syarat yang mereka buat, kecuali syarat mengharamkan yang halal dan mengharamkan yang haram*” (HR. Tirmidzi, Tabrani dan Baihaqi).³¹

³¹ Burahnuddin S, *Hukum Kontrak Syariah*, (Yogyakarta: BPFE, 2009), 42.

“Kaum muslimin harus memenuhi syarat-syarat yang mereka sepakati, selama masih berada dalam lingkup kebenaran”(HR. Bukhari).³²

Dalam ekonomi Islam juga dikenal istilah “*khiyar*”. *Khiyar* biasa dikenal dalam akad jual beli. Eksistensi kebebasan berkontrak atau kebebasan untuk memilih bisa dilihat pada praktik jual beli serta ketentuan-ketentuan yang sudah ditetapkan oleh ulama dalam kitab-kitab klasik ataupun modern. Pengertian *khiyar* sendiri dapat dipahami melalui dua segi, yaitu secara bahasa (etimologi) dan secara istilah (terminology). menurut bahasa ada beberapa pendapat ulama tentang pengertian *khiyar* ini, antara lain:

Menurut Abu Luis al-Ma'luf:

الْخِيَارُ لُغَةً خِيَارُ شَيْءٍ³³

“*Khiyar menurut bahasa artinya memilih sesuatu*”

Menurut Idris al-Marbawy:

الْخِيَارُ لُغَةً خِيَارٌ - اخْتِيَرٌ - اخْتِيَارًا - اخْتِيَارِي³⁴

“*Khiyar menurut bahasa artinya: memilih/pilihan*”

Dengan memperhatikan pengertian *khiyar* di atas secara umum mencakup semua perbuatan yang boleh memilih dari beberapa persoalan, pilihan itu didasarkan kepada kehendak diri, dengan mengambil salah satu yang lebih *afdhal* dari beberapa persoalan tersebut. Dalam hal ini pilihan yang dimaksud adalah dalam masalah jual beli yang sifatnya tukar menukar baik berupa kebutuhan primer maupun sekunder antara pembeli dan penjual yang dianggap penting menurut seseorang untuk memenuhi kehidupan sehari-hari.

³² Burahnuddin S, *Hukum Kontrak*, 43.

³³ Abu Luis al-Ma'luf, *al-Munjid*, Jilid. III, (Beirut: Dar al-Fikr, (t.th.), 261

³⁴ Mahmud ibn Idris al-Marbawy, *Kamus al-Marbawy*, Jilid. III (Beirut: Dar al-Fikr, (t.th)], 192.

Selanjutnya pengertian *khiyar* menurut istilah, terdapat beberapa pendapat ulama, antara lain:

Menurut Wahbah al-Zuhaili:

الْخِيَارُ اِمْتِصَاءُ الْعَقْدِ وَعَدَمُ اِمْتِصَائِهِ بِفَسْخِهِ³⁵

“Memilih antara meneruskan akad dan tidak meneruskan dengan cara menfasakhnya”

Menurut Muhammad ibn Ismail al-Kahlani:

وَهُوَ طَلَبُ خَيْرِ الْأَمْرَيْنِ مِنْ اِمْتِصَاءِ الْبَيْعِ أَوْ فَسْخِهِ³⁶

“Tuntutan untuk memilih dua urusan dari meneruskan jual beli atau membatalkannya”

Dari dua defenisi yang dikemukakan di atas, dapat dikatakan bahwa *khiyar* adalah suatu hak pilih yang diberikan kepada pembeli dan penjual dalam melakukan transaksi antara meneruskan akad atau mengagalkannya, setelah terjadi *ijab* dan *qabul* antara kedua belah pihak. Hak memilih ini bisa saja timbul dari penjual atau sebaliknya dari pembeli.

C. Perjanjian Baku Dalam Hukum Perjanjian

1. Pengertian Perjanjian Baku

Pada dewasa ini kecenderungan makin memperlihatkan bahwa banyak perjanjian di dalam transaksi bisnis, yang terjadi bukan melalui proses negosiasi yang seimbang diantara pihak, akan tetapi perjanjian itu dibuat oleh salah satu pihak dengan cara menyiapkan syarat-syarat baku pada suatu formulir perjanjian yang sudah dicetak kemudian disodorkan kepada pihak lain yang sudah disetujui, dengan hampir tidak memberikan kebebasan sama sekali kepada pihak lain untuk

³⁵ Wahbah al-Zuhaili, *al-Fiqh al-Islamy wa Adillatuh*, Juz. III, (Beirut: Dar al-Fikr, 1989), 579.

³⁶ Muhammad ibn al-Kahlani, *Subul al-Salam*, Jilid. III, (Bandung: Maktabah Dahlan, 1982), 33.

melakukan negosiasi atas syarat-syarat yang disodorkan itu. Perjanjian yang demikian inilah yang dinamakan perjanjian baku atau perjanjian standar.

Perjanjian baku adalah perjanjian yang hampir seluruh klausul-klausulnya sudah dibakukan oleh pemakainya (dalam transaksi perbankan adalah bank yang bersangkutan) dan pihak lain (dalam transaksi perbankan adalah nasabah dari bank tersebut) pada dasarnya tidak mempunyai peluang untuk merundingkan atau meminta perubahan.³⁷ Perjanjian baku disebut juga perjanjian standar, dalam bahasa Inggris disebut *standard contract*, *standard agreement*. Kata baku atau standar artinya tolak ukur yang dipakai sebagai patokan. Dalam hubungan ini perjanjian baku artinya perjanjian yang menjadi tolak ukur yang dipakai sebagai patokan atau pedoman bagi setiap konsumen yang mengadakan hubungan hukum dengan penguasa.³⁸

Handius memberi definisi perjanjian baku adalah konsep janji-janji tertulis, disusun tanpa membicarakan isinya dan lazimnya dituangkan ke dalam sejumlah tak terbatas perjanjian yang sifatnya tertentu. Sedangkan Mariam Darus Badruzaman menggunakan istilah perjanjian baku, baku berarti ukuran, acuan. Jika bahasa hukum dibakukan berarti bahasa hukum itu ditentukan ukurannya, standarnya, sehingga memiliki arti tetap, yang dapat menjadi pegangan umum.³⁹ Perjanjian baku menurut Mariam Darus Badruzaman adalah perjanjian yang isinya dibakukan dan dituangkan ke dalam bentuk formulir.⁴⁰

³⁷Sutan Remy Sjahdeini, *Kebebasan Berkontrak dan Perlindungan yang Seimbang Bagi Para Pihak Dalam Perjanjian Kredit Bank di Indonesia*, (Jakarta :Institut Bankir Indonesia, 1993), 66.

³⁸Abdul Kadir Mohammad, *Hukum Perikatan* (Bandung: Citra Aditya Bhakti, 1992), 6.

³⁹Johannes Ibrahim, *Pengimpasan Pinjaman (Kompensasi) dan Asas Kebebasan Berkontrak dalam Perjanjian Kredit Bank* (Bandung: CV Utomo, 2003), 52.

⁴⁰Mariam Darus Badruzaman, *Pembentukan Hukum Nasional dan Permasalahannya*, (Jakarta: alumni, 1981), 58.

Rumusan perjanjian baku diatas pada prinsipnya mempunyai arti yang sama. Perjanjian baku dapat dirumuskan dalam pengertian bahwa perjanjian baku merupakan perjanjian yang isinya dibakukan dan dituangkan dalam bentuk formulir. Perjanjian baku kadang tidak memperhatikan isinya, tetapi hanya menekankan pada bagian pentingnya dengan janji-janji atau klausula yang harus dipenuhi oleh para pihak yang menggunakan perjanjian baku.⁴¹ Perjanjian baku yang dibuat dalam jumlah banyak diberlakukan secara sama terhadap debitur yang melibatkan diri dalam perjanjian tersebut. Dalam keadaan kreditur telah menentukan isi dan bentuk perjanjian pada saat pembuatannya, maka dapat dikatakan debitur tidak mempunyai kedudukan seimbang dengan kreditur. Jika debitur menyetujui salah satu syarat, maka mungkin debitur bersikap menerima atau tidak menerima sama sekali kemungkinan untuk mengadakan perubahan isi tidak ada sama sekali.⁴²

Perjanjian baku lahir sebagai akibat dari perubahan masyarakat. Pitlo mengemukakan latar belakang timbulnya perjanjian baku adalah adanya kesenjangan sosial ekonomi. Perusahaan yang besar, perusahaan pemerintah, mengadakan kerja sama dengan debitur dan untuk kepentingannya mereka menentukan syarat sepihak. Pihak lawannya yang ada pada umumnya mempunyai kedudukan yang lemah, baik karena posisinya atau karena ketidaktahuannya, hanya menerima yang disodorkan itu.⁴³ Dengan demikian dapat diketahui bahwa perjanjian baku yang dirancang secara sepihak oleh pengusaha akan menguntungkan pengusaha berupa:⁴⁴

⁴¹ Mariam Darus Badruzaman, *Pembentukan Hukum*.

⁴² Mariam Darus Badruzaman, *Pembentukan Hukum*. 60.

⁴³ Mariam Darus Badruzaman, *Pembentukan Hukum*. 61.

⁴⁴ Abdulkadir Muhammad, *Hukum Perikatan*, 8.

- a. efisiensi biaya, waktu dan tenaga
- b. praktis karena sudah tersedia naskah yang dicetak berupa formulir atau blanko yang siap diisi dan ditandatangani.
- c. Penyelesaian cepat, karena konsumen hanya menyetujui dan atau menandatangani perjanjian yang disodorkan kepadanya.
- d. Homogenitas perjanjian yang dibuat dalam jumlah banyak.

2. Ciri-Ciri Perjanjian Baku

Sesuai dengan perkembangan kebutuhan masyarakat, maka ciri-ciri perjanjian baku mengikuti dan menyesuaikan dengan perkembangan tuntutan masyarakat. Ciri-ciri tersebut mencerminkan prinsip ekonomi dan kepastian hukum dalam perjanjian baku dilihat dari kepentingan pengusaha, bukan dari kepentingan konsumen. Dengan pembakuan syarat-syarat perjanjian, kepentingan ekonomi pengusaha lebih terjamin, karena konsumen hanya menyetujui syarat-syarat yang disodorkan oleh pengusaha.⁴⁵ Menurut Mariam Darus Badruzaman, perjanjian baku mempunyai ciri-ciri sebagai berikut:

- a. Isinya ditetapkan sepihak oleh pihak yang posisinya lebih kuat.
- b. Masyarakat dalam hal ini debitur, sama sekali tidak ikut bersama-sama menentukan isi perjanjian.
- c. Terdorong oleh kebutuhan, debitur terpaksa menerima perjanjian itu.
- d. Dipersiapkan terlebih dahulu secara massal dan kolektif.⁴⁶

⁴⁵ Abdulkadir Muhammad, *Hukum Perikatan*, 6

⁴⁶ Mariam Darus badruzaman, *Pembentukan Hukum*, 69.

3. Jenis-Jenis Perjanjian Baku

Perjanjian baku yang terdapat di masyarakat dibedakan dalam beberapa jenis, antara lain:⁴⁷

a. Perjanjian Baku Sepihak

Perjanjian baku sepihak adalah perjanjian yang isinya dibuat oleh pihak yang kuat kedudukannya dalam perjanjian itu.

b. Perjanjian Baku Yang Ditetapkan Oleh Pemerintah

Perjanjian Baku Yang Ditetapkan Oleh Pemerintah adalah perjanjian baku yang isinya ditentukan oleh pemerintah terhadap perbuatan hukum tertentu.

c. Perjanjian Baku yang ditentukan dikalangan notaris dan advokat

Perjanjian baku disini berkaitan dengan perjanjian yang konsepnya sejak semula sudah disiapkan untuk memenuhi permintaan anggota masyarakat yang meminta bantuan notaries atau advokat.

Bentuk Perjanjian baku dengan syarat-syarat baku umumnya terdiri atas:⁴⁸

a. Dalam bentuk dokumen

Merupakan suatu perjanjian yang konsepnya telah dipersiapkan terlebih dahulu oleh salah satu pihak. Biasanya memuat persyaratan khusus baik berkenaan dengan pelaksanaan perjanjian, menyangkut hak-hal tertentu dan atau berakhirnya perjanjian itu.

⁴⁷ Mariam Darus badrulzaman, *Pembentukan Hukum*.

⁴⁸ Az Nasution, *Hukum Perlindungan Konsumen (Suatu Pengantar)*, (Jakarta: Diadit Media, 2002), 95-96

- b. Dalam bentuk persyaratan-persyaratan dalam perjanjian

Perjanjian ini dapat pula dalam bentuk lain seperti yang termuat dalam berbagai kuitansi, tanda penerimaan atau tanda penjualan, kartu-kartu tertentu, pada papan pengumuman yang diletakkan dalam di ruang penerimaan tamu atau dilapangan secarik kertas tertentu yang termuat dalam kemasan atau pada wadah produk yang bersangkutan.

4. Berlakunya Perjanjian Dengan Syarat-Syarat Baku

Perjanjian dengan syarat-syarat baku terjadi dengan berbagai cara. Sampai saat ini berlakunya perjanjian dengan syarat-syarat baku antara lain dengan cara:⁴⁹

- a. Memuatnya dalam butir-butir perjanjian yang konsepnya telah dipersiapkan terlebih dahulu oleh salah satu pihak biasanya dikalangan pengusaha, baik itu produsen, distributor maupun pedagang eceran produk yang bersangkutan. Pokoknya disediakan oleh si penyedia barang atau jasa yang ditawarkan pada orang banyak (perhatikan kontrak jual beli, atau sewa beli kendaraan bermotor, perumahan, alat-alat elektronik).
- b. Dengan memuatnya dalam carik-carik kertas baik berupa tabel, kuitansi, bon, tanda terima barang atau lain-lain bentuk penjualan dan atau penyerahan barang dari toko, kedai, supermarket, dan sebagainya.
- c. Dengan pembuatan pengumuman tentang berlakunya syaratsyarat baku di tempat tertentu, seperti di tempat parkir atau di penginapan dengan meletakkan atau dengan menempelkan pengumuman itu di meja/ruang penerima tamu atau di ruang duduk kamar yang disewakan. Biasanya

⁴⁹ Az Nasution, *Hukum Perlindungan*,

kalimatnya berbunyi “uang, barang, perhiasan, jam tangan dan atau surat berharga yang hilang tidak termasuk dalam tanggung jawab kami.”⁵⁰

5. Keabsahan Perjanjian Dengan Syarat Baku

Mengenai keabsahan perjanjian baku ada beberapa pendapat:⁵¹

- a. Sluijter: perjanjian baku bukanlah perjanjian, sebab kedudukan pengusaha adalah seperti pembentuk undang-undang
- b. Pitlo: perjanjian baku adalah perjanjian paksa
- c. Stein: perjanjian baku dapat diterima sebagai perjanjian berdasarkan fiksi adanya kemauan dan kepercayaan bahwa para pihak mengikatkan diri pada perjanjian .
- d. Asser Rutten: setiap orang yang menandatangani perjanjian bertanggung jawab terhadap dirinya. Tanda tangan pada formulir perjanjian baku membangkitkan kepercayaan bahwa yang menandatangani mengetahui dan menghendaki isi formulir perjanjian.

Namun Hondius berpendapat lain, ia mengatakan bahwa perjanjian baku mempunyai kekuatan mengikat berdasarkan ‘kebiasaan’ (*gebruik*) yang berlaku di lingkungan masyarakat dan lalu lintas perdagangan. Sutan Remy Sjahdeini sepakat dengan pendapat Hondius, menurutnya: “Keabsahan berlakunya perjanjian baku tidak perlu lagi dipersoalkan oleh karena perjanjian baku eksistensinya sudah merupakan kenyataan yaitu dengan telah dipakainya perjanjian baku secara meluas dalam dunia bisnis sejak lebih dari 80 tahun lamanya. Kenyataan itu terbentuk karena perjanjian baku memang lahir dari kebutuhan masyarakat sendiri. Dunia bisnis tidak dapat berlangsung tanpa

⁵⁰ Az Nasution, *Hukum Perlindungan*

⁵¹ Sutan Remy Sjahdeini, *Kebebasan Berkontrak dan*, 70.

perjanjian baku. Perjanjian baku dibutuhkan oleh dan karena itu diterima oleh masyarakat”.

Keabsahan berlakunya perjanjian baku memang tidak perlu dipersoalkan, tetapi masih perlu dibahas apakah perjanjian itu tidak bersifat sangat berat sebelah dan tidak mengandung klausul yang secara tidak wajar sangat memberatkan bagi pihak lainnya, sehingga perjanjian itu merupakan perjanjian yang menindas dan tidak adil. Maksud dari sangat berat sebelah ialah bahwa perjanjian itu hanya atau terutama mencantumkan hak-hak salah satu pihak saja (yaitu pihak yang mempersiapkan perjanjian baku tersebut) tanpa mencantumkan apa yang menjadi kewajiban-kewajiban pihak lainnya sedangkan apa yang menjadi hak-hak pihak lainnya itu tidak disebutkan Sutan Remy⁵², lebih lanjut menyatakan keabsahan berlakunya perjanjian baku itu memang tidak perlu dipersoalkan, karena secara praktek telah diterima, tetapi perlu diatur aturan-aturan dasarnya sebagai aturan-aturan mainnya agar klausul-klausul atau ketentuan-ketentuan dalam perjanjian baku, baik sebagian maupun seluruhnya mengikat pihak lainnya.

6. Keabsahan Perjanjian Dengan Syarat Eksonerasi

Dalam Pasal 18 ayat (1) huruf (a) Undang-Undang Perlindungan Konsumen menyatakan pelaku usaha dalam menawarkan barang dan atau jasa yang ditujukan untuk diperdagangkan dilarang membuat atau mencantumkan klausula baku pada setiap dokumen dan atau perjanjian apabila menyatakan pengalihan tanggung jawab, selanjutnya dalam Pasal 18 ayat (2) dipertegas bahwa klausula baku harus diletakkan pada tempat yang mudah terlihat dan dapat jelas

⁵² Sutan Remi Sjahdeini, *Kebebasan Berkontrak dan*, 71.

dibaca dan mudah dimengerti, dan jika tidak dipenuhi maka klausula baku menjadi batal demi hukum.

Melihat dari ketentuan Pasal 18 Undang-Undang Perlindungan Konsumen tersebut, maka pengertian klausula baku dengan klausula eksonerasi adalah tidak sama, di sini klausula baku adalah klausula yang dibuat sepihak oleh pelaku usaha, tetapi isinya tidak boleh mengarah kepada klausula eksonerasi yang memberikan beban yang tidak imbang diantara para pihak dan cenderung merugikan pihak yang lemah.

D. Tinjauan Mengenai Perjanjian Pada Umumnya

1. Pengertian Perjanjian

Jika kita membicarakan tentang perjanjian, maka pertama-tama harus diketahui pengertian perjanjian yang diatur dalam Pasal 1313 KUH Perdata yang berbunyi: “perjanjian adalah suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang atau lebih lainnya.” Perbuatan yang disebutkan dalam rumusan ketentuan Pasal 1313 KUH Perdata menjelaskan bahwa perjanjian hanya mungkin terjadi jika ada suatu perbuatan yang nyata. Baik dalam bentuk ucapan, maupun tindakan secara fisik dan tidak hanya dalam bentuk pikiran semata-mata sehingga suatu perjanjian adalah :

- a. Suatu perbuatan
- b. Antara sekurang-kurangnya dua orang atau lebih;
- c. Perbuatan tersebut melahirkan perikatan diantara pihak-pihak yang berjanji.

Dengan adanya pengertian perjanjian seperti ditentukan di atas, dapat diambil kesimpulan bahwa kedudukan antara pihak yang mengadakan perjanjian

adalah sama dan berimbang. Pengertian perjanjian seperti tersebut di atas terlihat secara mendalam, akan terlihat bahwa pengertian tersebut ternyata mempunyai arti yang sangat luas dan umum sekali sifatnya, selain itu juga tanpa menyebutkan untuk tujuan apa perjanjian tersebut dibuat. Hal tersebut terjadi karena di dalam pengertian perjanjian menurut ketentuan Pasal 1313 KUH Perdata, hanya menyebutkan tentang pihak yang satu atau lebih mengikatkan dirinya pada pihak lainnya dan sama sekali tidak menentukan untuk apa tujuan suatu perjanjian tersebut dibuat.

Oleh karena itu suatu perjanjian akan lebih luas juga jelas artinya, jika pengertian mengenai perjanjian tersebut diartikan sebagai suatu persetujuan di mana dua orang atau lebih saling mengikatkan diri untuk melaksanakan suatu hal dalam lapangan harta kekayaan.

Menurut Setiawan Perjanjian adalah suatu perbuatan hukum dimana satu orang atau lebih saling mengikatkan diri terdapat satu orang atau lebih. Perjanjian berdasarkan definisi yang diberikan dalam Pasal 1313 KUH Perdata adalah suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang atau lebih. R. Subekti menyatakan, bahwa suatu perjanjian adalah suatu peristiwa di mana seseorang berjanji kepada orang lain atau di mana dua orang itu saling berjanji kepada orang lain atau di mana dua orang itu saling berjanji untuk melaksanakan sesuatu dari peristiwa ini timbul hubungan perikatan.⁵³ Abdul Kadir Mohammad merumuskan definisi Pasal 1313 KUH Perdata sebagai berikut, bahwa yang disebut perjanjian adalah suatu persetujuan di mana dua orang atau

⁵³ R. Subekti, *Hukum Perjanjian* (Jakarta: Intermasa, 1987), 1.

lebih saling mengikatkan diri untuk melaksanakan sesuatu hal dalam lapangan harta kekayaan.⁵⁴

2. Asas-Asas Perjanjian

Beberapa asas yang berkaitan dengan perjanjian, yaitu:

1) Asas konsensualitas

Dengan asas ini maka suatu perjanjian pada dasarnya sudah ada sejak tercapainya kata sepakat diantara para pihak dalam perjanjian tersebut. Asas konsensualisme yang terdapat dalam pasal 1320 KUH Perdata mengandung arti kemauan para pihak untuk saling mengikatkan diri dan kemauan ini membangkitkan kepercayaan bahwa perjanjian itu akan dipenuhi.

Eggers dalam Ibrahim⁵⁵ menyatakan asas konsensualitas merupakan suatu puncak peningkatan manusia yang tersirat dalam pepatah; *een man een man een word een word*. Selanjutnya dikatakan olehnya bahwa ungkapan “orang harus dapat dipegang ucapannya” merupakan tuntutan kesusilaan, akan tetapi Pasal 1320 KUH Perdata menjadi landasan hukum untuk penegakkannya. Tidak dipenuhinya syarat konsensualisme dalam perjanjian menyebabkan perjanjian dapat dibatalkan, karena tidak memenuhi syarat subyektif.

2) Asas kekuatan mengikatnya perjanjian (*Pacta Sunt Servanda*)

Yaitu bahwa para pihak harus memenuhi apa yang telah dijanjikan sebagaimana disebutkan dalam pasal 1338 KUH Perdata yang

⁵⁴ Abdul Kadir Mohammad, *Hukum Perikatan*, 78.

⁵⁵ Johannes Ibrahim, *Pengimpasan Pinjaman (Kompensasi) dan Asas Kebebasan Berkontrak dalam Perjanjian Kredit Bank*, (Bandung: CV Utomo, 200), 37.

menyebutkan bahwa perjanjian yang dibuat secara sah sebagai undang-undang bagi yang membuatnya.

3) Asas Kebebasan Berkontrak

Yang dimaksud dengan kebebasan berkontrak adalah adanya kebebasan yang seluas-luasnya yang oleh undang-undang diberikan kepada masyarakat untuk mengadakan perjanjian tentang apa saja, asalkan tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan, keputusan dan ketertiban umum (Pasal 1338 KUH Perdata).

Kebebasan berkontrak adalah asas yang esensial, baik bagi individu dalam mengembangkan diri baik di dalam kehidupan pribadi maupun kehidupan sosial kemasyarakatan, sehingga beberapa pakar menegaskan kebebasan berkontrak merupakan bagian dari hak asasi manusia yang dihormati.

4) Asas itikad baik dan kepatutan

Asas ini menegaskan bahwa para pihak dalam membuat perjanjian harus didasarkan pada itikad baik dan kepatutan, yang mengandung pengertian pembuatan perjanjian antara para pihak harus didasarkan pada kejujuran untuk mencapai tujuan bersama. Pelaksanaan perjanjian juga harus mengacu pada apa yang patut dan seharusnya diikuti dalam pergaulan masyarakat.

Asas itikad baik dan kepatutan berasal dari hukum Romawi, yang kemudian dianut oleh Civil Law, bahkan dalam perkembangannya juga dianut oleh beberapa negara berfaham Common Law. Pengertian itikad baik dan kepatutan berkembang sejalan dengan perkembangan hukum

untuk Romawi, yang semula hanya memberikan ruang bagi kontrak-kontrak yang telah diatur dalam undang-undang (*iudicia stricti iuris* yang bersumber pada Civil Law). Di terimanya kontrak-kontrak yang didasarkan pada *bonae fides* yang mengharuskan diterapkannya asas itikad baik dan kepatutan dalam pembuatan dan pelaksanaan perjanjian.⁵⁶

Masalah yang muncul, hingga saat ini belum satu kata untuk memberikan dasar yang tepat sebagai patokan apakah perjanjian telah dilaksanakan atas dasar itikad baik dan kepatutan atau belum. Prakteknya diserahkan kepada hakim untuk menilai hal tersebut. Hal ini juga terjadi di negara-negara Anglo Saxon, hakim-hakim di negara-negara Anglo Saxon belum mempunyai standar yang telah disepakati untuk mengukur asas tersebut. Biasanya frase itikad baik dan kepatutan selalu dikaitkan dengan makna *fairness, reasonable standard of dealing, a common ethical sense*.⁵⁷

3. Syarat Sahnya perjanjian

Perjanjian dapat dikatakan sah dan mempunyai kekuatan hukum apabila telah memenuhi syarat-syarat sahnya perjanjian yang telah ditentukan oleh Undang-Undang. Perlu diperhatikan bahwa perjanjian yang memenuhi syarat yang ada dalam Undang-Undang diakui oleh hukum, sebaliknya perjanjian yang tidak memenuhi syarat tidak diakui oleh hukum walaupun diakui oleh pihak-pihak yang bersangkutan. Karena itu selagi pihak-pihak mengakui dan mematuhi perjanjian

⁵⁶Esti Ropikhin, “Penerapan Asas Kebebasan Berkontrak Dalam Pembuatan Perjanjian Outsourcing Dan Perjanjian Kerja Waktu Tertentu”, Tesis, (Semarang: Universitas Diponogoro, 2010), 28; *idem*, Ridwan Khairandi, *Itikad Baik Dalam Keabsahan Berkontrak*, (Universitas Indonesia, 2003), 131.

⁵⁷Esti Ropikhin, “Penerapan Asas Kebebasan Berkontrak Dalam Pembuatan Perjanjian Outsourcing Dan Perjanjian Kerja Waktu Tertentu”, Tesis, (Semarang: Universitas Diponogoro, 2010), 28; *idem*, Ridwan Khairandi, *Itikad Baik*.

yang mereka buat walaupun tidak memenuhi syarat perjanjian itu berlaku diantara mereka.

Berdasarkan Pasal 1320 KUH Perdata, untuk sahnya suatu perjanjian para pihak harus memenuhi syarat-syarat tersebut di bawah ini:

1) Kesepakatan atau persetujuan para pihak.

Sepakat yang dimaksudkan bahwa subyek yang mengadakan perjanjian harus bersepakat, setuju mengenai hal-hal yang pokok dari perjanjian yang diadakan. Apa yang dikehendaki oleh pihak yang satu juga dikehendaki oleh pihak yang lain, jadi mereka menghendaki sesuatu secara timbal balik.

2) Kecakapan para pihak dalam membuat suatu perjanjian;

Orang yang mengadakan perjanjian harus cakap menurut hukum. Pada dasarnya setiap orang yang sudah dewasa dan sehat pikirannya adalah cakap menurut hukum. Menurut Pasal 1320 KUH Perdata yang dimaksudkan cakap menurut hukum adalah mereka yang telah berumur 21 tahun atau belum berumur 21 tahun tetapi telah kawin atau pernah menikah.

3) Suatu hal tertentu;

Suatu hal tertentu maksudnya adalah sudah ditentukan macam atau jenis benda atau barang dalam perjanjian itu. Mengenai barang itu sudah ada atau sudah berada ditangan pihak yang berkepentingan pada waktu perjanjian dibuat tidak diharuskan oleh undang-undang dan juga mengenai jumlah tidak perlu untuk disebutkan.

4) Suatu causa atau sebab yang halal.

Yang dimaksud dengan sebab yang halal adalah isi dari perjanjian itu sendiri. Sebab yang tidak halal adalah berlawanan dengan Undang-undang, kesusilaan ketertiban umum sebagaimana yang diatur dalam Pasal 1337 KUH Perdata.

5. Pengertian Pembiayaan Musyarakah

Menurut Hanafiyah syirkah adalah: ⁵⁸

“Perjanjian antara dua pihak yang bersyarikat mengenai pokok harta dan keuntungannya.”

Menurut ulama Malikiyah syirkah adalah: ⁵⁹

“Keizinan untuk berbuat hukum bagi kedua belah pihak, yakni masing-masing mengizinkan pihak lainnya berbuat hukum terhadap harta milik bersama antara kedua belah pihak, disertai dengan tetapnya hak berbuat hukum (terhadap harta tersebut) bagi masing-masing.”

Menurut Hanabilah: ⁶⁰

“Berkumpul dalam berhak dan berbuat hukum.”

Sedangkan menurut Syafi'iyah: ⁶¹

“Tetapnya hak tentang sesuatu terhadap dua pihak atau lebih secara merata.”

⁵⁸ As-Sayyid Saabiq, *Fiqh As-Sunnah*, Jilid III, (Beirut: Daar Al-Kitaab Al-Arabiyyi, 1985), 354

⁵⁹ Wahbah Az-Zuhaili, *Al-Fiqhu Al-Islaamiyyu wa Adillatuhu*, Juz IV, (Damaskus: Daar Al-Fikri 1989), 792.

⁶⁰ Wahbah Az-Zuhaili, *Al-Fiqhu Al-Islaamiyyu*.

⁶¹ Wahbah Az-Zuhaili, *Al-Fiqhu Al-Islaamiyyu*.

Dasar hukum musyarakah antara lain firman Allah pada Surat as-shad ayat

24:

قَالَ لَقَدْ ظَلَمَكَ بِسُؤَالِ نَعَجَتِكَ إِلَىٰ نِعَاجِهِ ۖ وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي
بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ إِلَّا الَّذِينَ ءَامَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَقَلِيلٌ مَّا هُمْ ۖ وَظَنَّ
دَاوُدُ أَنَّمَا فَتَنَّاهُ فَاسْتَغْفَرَ رَبَّهُ ۖ وَخَرَّ رَاكِعًا وَأَنَابَ

*Daud berkata: "Sesungguhnya dia Telah berbuat zalim kepadamu dengan meminta kambingmu itu untuk ditambahkan kepada kambingnya. dan Sesungguhnya kebanyakan dari orang-orang yang berserikat itu sebahagian mereka berbuat zalim kepada sebahagian yang lain, kecuali orang-orang yang beriman dan mengerjakan amal yang saleh; dan amat sedikitlah mereka ini". dan Daud mengetahui bahwa kami mengujinya; Maka ia meminta ampun kepada Tuhannya lalu menyungkur sujud dan bertaubat.*⁶²

Secara garis besar syirkah ada dua macam, yakni:⁶³

1. *Syirkah Amlak*, yaitu bentuk perserikatan antara dua orang atau lebih dalam memiliki harta bersama-sama tanpa melalui atau didahului akad syirkah. Syirkah bentuk ini juga ada dua bentuk⁶⁴, yaitu:
 - a. *Syikah Ikhtiyariah*, yaitu perserikatan yang dilandasi pilihan orang yang berserikat. Misalnya dua orang diberi harta wasiat dari seseorang, dia bisa menolak atau menerima harta itu.
 - b. *Syirkah Jabariyah*, yaitu perserikatan yang muncul secara paksa, bukan karena kehendak orang yang berserikat. Misalnya dua orang atau lebih yang terpaksa menerima harta waris sebagai milik bersama.

⁶² Q.S. Shaad (38): 24. AlQuran in MS-Word ver 0.0.1

⁶³ Nasrun Haroen, *Fiqh Muamalah*, Gaya Media Pratama, Jakarta, 2007, hlm. 167

⁶⁴ Nasrun Haroen, *Fiqh Muamalah*

2. *Syirkah 'Uqud*, yaitu akad yang disepakati dua orang atau lebih untuk mengikatkan diri dalam perserikatan modal dan keuntungannya. Syirkah 'uqud juga ada beberapa macam yaitu:

- a. *Syirkah 'inan/syirkah amwal*.⁶⁵ Para fuqaha' sepakat bahwa syirkah ini diperbolehkan syari'ah.
- b. *Syirkah mufawadhah*. Menurut ulama' Hanafiyah dan Zaidiyah, syirkah bentuk ini boleh karena syirkah seperti ini telah umum di masyarakat dan tidak ada ulama' yang mengingkarinya. Sedangkan ulama' Malikiyah tidak membolehkan syirkah mufawadhah seperti yang dipahami ulama' Hanafiyah, namun apabila masing-masing pihak dapat bertindak hukum secara mutlak dan mandiri terhadap modal kerja tanpa harus minta izin kepada anggota yang lain, maka boleh. Demikian juga dengan ulama' Syafi'iyah dan Hanabilah tidak membolehkan syirkah yang dipahami ulama' Hanafiyah, karena ketentuan tersebut sulit diwujudkan, dan keduanya membolehkan syirkah seperti yang dipahami ulama' Malikiyah.⁶⁶
- c. *Syirkah wujuh*. Ulama' Hanafiyah, Hanabilah dan Zaidiyah berpendapat boleh. Namun ulama' Malikiyah, Syafi'iyah, Dhahiriyah dan Syiah Imamiyah menyatakan tidak sah dan tidak boleh. Alasan mereka bahwa obyek syirkah adalah modal dan

⁶⁵Kerjasama antara dua orang atau lebih, setiap pihak memberikan suatu porsi dari keseluruhan dana dan ikut berpartisipasi dalam kerja, lalu keuntungan dan kerugiannya dibagi sesuai dengan kesepakatan sebelumnya. Namun porsi masing-masing pihak, baik dalam dana, kerja atau bagi hasil tidak harus sama. (lihat Ibnu Rusyd, *Bidayatul Mujtahid*, pen: Abu Usamah Fatkhur Rahman, Pustaka Azzam, Jakarta, 2007, hlm. 496),

⁶⁶Nasrun Haroen, *Fiqh Muamalah*, 170.

kerja, sedangkan dalam syirkah wujud obyek syirkahnya tidak jelas.⁶⁷

- d. *Syirkah abdan/syirkah a'mal*. Ulama' Malikiyah, Hanafiyah, Hanabilah dan Zaidiyah menyatakan hukumnya boleh, karena tujuan utama kerjasama ini adalah mencari keuntungan dengan modal kerja bersama. Dan menurut ulama' Syafi'iyah, Syi'ah Imamiyah dan Zufar bin Huzail (pakar fiqh Hanafi) berpendapat hukumnya tidak sah, karena obyek syirkah adalah harta/modal bukan kerja.⁶⁸
- e. *Syirkah mudharabah*. Jumhur ulama' menyatakan bahwa mudharabah tidak termasuk akad syirkah. Hanya ulama' Hanabilah yang menganggapnya sebagai syirkah.⁶⁹

6. Hukum Perjanjian Dalam Kajian Ekonomi Islam

Akad dalam bahasa arab 'al-aqd, jamaknya al-uqud, berarti ikatan atau mengikat (al-rabth). Menurut terminology hukum Islam, akad adalah pertalian penyerahan (ijab) dan penerimaan (qabul) yang dibenarkan oleh syari'ah, yang menimbulkan akibat hukum terhadap objeknya.⁷⁰ Selanjutnya akad menurut bahasa juga mengandung arti *al-Rabthu wa al syadd*-yatu ikatan yang bersifat indrawi (*hissi*) seperti mengikat sesuatu dengan tali atau ikatan yang bersifat ma'nawi seperti ikatan dalam jual beli.⁷¹

⁶⁷ Nasrun Haroen, *Fiqh Muamalah*, 171

⁶⁸ Nasrun Haroen, *Fiqh Muamalah*, 172

⁶⁹ Nasrun Haroen, *Fiqh Muamalah*

⁷⁰ Sri Nurhayati Dan Wasilah, *Akuntansi Syariah di Indonesia*, (Jakarta: Penerbit Salemba, 2009), 70.

⁷¹ Abd. Ar-Rahman bin 'Aid, *'Aqad al-Muqawalah*, cet. I, (Riyad : Maktabah al-Mulk, 2004), 25.

Menurut Hasbi Ash-Shiddieqy definisi akad ialah; “perikatan antara ijab dengan qabul secara yang dibenarkan syara’ yang menetapkan keridlaan kedua belah pihak.⁷² Akad merupakan hubungan antara ijab dan qabul dalam bentuk yang disyari’atkan, dengan dampak yang ditetapkan pada tempatnya.⁷³

Dasar hukum mengenai akad terdapat pada firman Allah dalam Al Qur’an Surat Al-Maidah ayat 1 yakni:

يٰۤاَيُّهَا الَّذِيْنَ ءٰمَنُوْا اَوْفُوْا بِالْعُقُوْدِ ۚ اُحْلَتْ لَكُمْ بِهِيْمَةٍ اَلْاَنْعٰمِ اِلَّا مَا يُتَلٰى عَلَيْكُمْ غَيْرِ مُحِلِّ الصَّيْدِ وَاَنْتُمْ حُرُمٌ ۗ اِنَّ اللّٰهَ تَحْكُمُ مَا يُرِيْدُ

“ Hai orang-orang yang beriman, penuhilah aqad-aqad itu. diharamkan bagimu binatang ternak, kecuali yang akan dibacakan kepadamu. (yang demikian itu) dengan tidak menghalalkan berburu ketika kamu sedang mengerjakan haji. Sesungguhnya Allah menetapkan hukum-hukum menurut yang dikehendaki-Nya.⁷⁴”

Dalam kaidah fiqh dikemukakan yakni Hukum asal dalam transaksi adalah keridlaan kedua belah pihak yang berakad, hasilnya adalah berlaku sahnyanya yang diakadkan⁷⁵

Dalam hukum Islam telah menetapkan beberapa asas akad yang berpengaruh kepada pelaksanaan akad yang dilaksanakan oleh pihak-pihak yang berkepentingan adalah sebagai berikut:

- a. asas kebebasan berkontrak (mabda’ hurriyah at-ta’aqud)

Asas kebebasan berkontrak didasarkan firman Allah dalam surat Maidah ayat 1.

Menurut Faturrahman Djamil bahwa, ”Syari’ah Islam memberikan kebebasan

⁷² T.M. Hasbi Ash-Shiddieqy, *Pengantar Fiqh*, 21

⁷³ Ibn al-Abidin, *Hasyiyah Ibn Abidin*, Juz II, h, 355, idem: Wahbah az Syahayli, *al-Fiqh al-Islam wa Adilatuhu*, juz IV, 2918

⁷⁴ Q.S Al Maidah (5): 1. AlQuran in MS-Word ver 0.0.1

⁷⁵ A. Djazuli, *Kaidah-kaidah Fikih*, Cet., I (Jakarta : Kencana, 2006), 130.

kepada setiap orang yang melakukan akad sesuai dengan yang diinginkan, tetapi yang menentukan syarat sahnya adalah ajaran agama.”

b. Asas Konsensualisme atau Asas Kerelaan (mabda' ar- rada'iyyah)

Dalam QS. An-Nisa (4): 29 yang artinya: "Hai orang-orang yang beriman, janganlah kamu saling memakan harta sesamamu dengan jalan yang batil, kecuali dengan jalan perniagaan yang berlaku dengan suka sama suka di antara kamu", dari ayat di atas dapat dipahami bahwa segala transaksi yang dilakukan harus atas dasar suka sama suka atau kerelaan antara masing-masing pihak tidak diperbolehkan ada tekanan, paksaan, penipuan, dan mis-statement. Jika hal ini tidak dipenuhi maka transaksi tersebut dilakukan dengan cara yang batil.

c. asas perjanjian itu mengikat

Asas perjanjian itu mengikat dalam Al Qur'an memerintahkan memenuhi perjanjian seperti pada surat Al 'Israa ayat 34 yang artinya:

وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ ۚ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ ۚ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا

“Dan janganlah kamu mendekati harta anak yatim, kecuali dengan cara yang lebih baik (bermanfaat) sampai ia dewasa dan penuhilah janji; Sesungguhnya janji itu pasti diminta pertanggungan jawabnya.”⁷⁶

a. Asas Ibahah

Asas ibahah merupakan asas yang berlaku umum dalam seluruh muamalat selama tidak ada dalil khusus yang melarangnya. Ini didasarkan kaidah Fiqh yakni: *“Hukum asal dalam semua bentuk muamalah adalah boleh dilakukan kecuali ada dalil yang mengharamkannya.”* asas keadilan dan keseimbangan prestasi. Yang

⁷⁶ Q.S Al Maidah (17): 34. Terjemah AlQuran in MS-Word ver 0.0.1

dimaksudkan dengan asas ini adalah asas yang menghendaki kedua belah pihak memenuhi dan melaksanakan perjanjian.

b. Asas Kejujuran (amanah)

Dalam surat al-Ahzab Ayat 70 disebutkan:⁷⁷

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا

“Hai orang-orang yang beriman, bertakwalah kamu kepada Allah dan Katakanlah perkataan yang benar”

Suatu perjanjian dapat dikatakan benar apabila memiliki manfaat bagi para pihak yang melakukan perjanjian dan bagi masyarakat dan lingkungannya.

⁷⁷ QS. al-Ahzab (33): 70. Terjemah AlQuran in MS-Word ver 0.0.1